



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2018

Völkerrechtliche Verpflichtungen als Grenzen für Volksabstimmungen in der Schweiz

Moeckli, Daniel

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-158608>
Book Section

Originally published at:

Moeckli, Daniel (2018). Völkerrechtliche Verpflichtungen als Grenzen für Volksabstimmungen in der Schweiz. In: Müller, Andreas T; Schröder, Werner. Demokratische Kontrolle völkerrechtlicher Verträge: Perspektiven aus Österreich und der Schweiz. Zürich/Wien/Baden-Baden: Nomos, Dike, Facultas, 80-98.

Völkerrechtliche Verpflichtungen als Grenzen für Volksabstimmungen in der Schweiz

Daniel Moeckli

I. Einleitung

Am 15. Februar 2017 hat der schweizerische Bundesrat (die Regierung) seine jüngste „Botschaft“ (Stellungnahme) zu einer eidgenössischen Volksinitiative verabschiedet. Darin hält er fest, dass die Volksinitiative „Für Ernährungssouveränität. Die Landwirtschaft betrifft uns alle“ im Widerspruch zu den handels- und europarechtlichen Verpflichtungen der Schweiz steht. Die von der Initiative verlangte Differenzierung von Zöllen zur Förderung einer sozialen und ökologischen Landwirtschaft sei nicht mit dem WTO-Vertragswerk vereinbar, eine Erhöhung der Zölle oder Einfuhrverbote für bestimmte landwirtschaftliche Erzeugnisse und Lebensmittel verletze verschiedene von der Schweiz abgeschlossene Freihandelsabkommen.¹

Die Volksinitiative „Für Ernährungssouveränität“ ist bloss die letzte in einer ganzen Reihe von Volksinitiativen, die Probleme im Hinblick auf die von der Schweiz eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen aufwerfen. So ist etwa – um ausschliesslich von Volk und Ständen angenommene Initiativen zu nennen – die 2004 gutgeheissene Initiative für die „Lebenslange Verwahrung für nicht therapierbare, extrem gefährliche Sexual- und Gewaltstraftäter“ (Verwahrungssinitiative) nur schwierig vereinbar mit dem von Art 5 Abs 4 EMRK² garantierten Recht auf regelmässige gerichtliche Überprüfung der Rechtmässigkeit des Freiheitsentzugs.³ Die 2009 angenommene, unterdessen schon fast berüchtigte Initiative „Gegen den Bau von Minaretten“ (Minarettinitiative) verstösst gegen die von Art 9 EMRK und Art 18 UNO-Pakt II⁴ garantierte Religionsfreiheit sowie das Diskriminierungsverbot gemäss Art 14 EMRK und Art 2 UNO-Pakt II.⁵ Die 2010 gutgeheissene Initiative „für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)“ steht in einem Spannungsverhältnis mit mehreren von der EMRK, dem UNO-Pakt II

¹ Botschaft zur Volksinitiative „Für Ernährungssouveränität. Die Landwirtschaft betrifft uns alle“ vom 15. Februar 2017, Bundesblatt (BBl) 2017 1611, 1638 ff.

² Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101).

³ Botschaft zur Volksinitiative „Lebenslange Verwahrung für nicht therapierbare, extrem gefährliche Sexual- und Gewaltstraftäter“ vom 4. April 2001, BBl 2001 3433, 3455 f.

⁴ Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966, 999 UNTS 171 (SR 0.103.2).

⁵ Botschaft zur Volksinitiative „Gegen den Bau von Minaretten“ vom 27. August 2008, BBl 2008 7603, 7630 ff.

und der Kinderrechtskonvention⁶ garantierten Rechten, insbesondere dem Recht auf Achtung des Familienlebens.⁷ Die von der 2014 angenommenen Volksinitiative „Gegen Masseneinwanderung“ (Masseneinwanderungsinitiative) vorgesehene Begrenzung der Zuwanderung durch jährliche Höchstzahlen und Kontingente ist kaum vereinbar mit dem zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft abgeschlossenen Freizügigkeitsabkommen (FZA⁸) und weiteren völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz.⁹ Die ebenfalls 2014 angenommene Initiative „Pädophile sollen nicht mehr mit Kindern arbeiten dürfen“ ist problematisch im Hinblick auf das von Art 8 EMRK garantierte Recht auf Achtung des Privatlebens.¹⁰

Wie mit völkerrechtlich problematischen Volksinitiativen umgegangen werden soll, ist in der Schweiz zurzeit Gegenstand heftiger politischer Auseinandersetzungen. Hintergrund der Problematik ist, dass die Grenzen der Zulässigkeit von Volksinitiativen und die Grenzen ihrer Umsetzung, zumindest nach hier vertretener Ansicht, auseinandergehen. Wie zunächst aufzuzeigen ist, ist die Zulässigkeitshürde – meines Erachtens zu Recht – tief angesetzt (II.). Dies führt zu Problemen bei der Umsetzung von Volksinitiativen, die in einem nächsten Schritt erörtert werden (III.). Abschliessend wird ein Fazit gezogen (IV.).

II. Grenzen der Zulässigkeit

1. Die eidgenössische Volksinitiative

Mit einer Volksinitiative können 100'000 Stimmberechtigte eine Total- oder Teilrevision der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV¹¹) verlangen.¹² Das Recht, eine Teilrevision vorzuschlagen, wurde erst 1891 eingeführt – mehr als 40 Jahre nach der Gründung des modernen schweizerischen Bundesstaates im Jahr 1848. Die für eine Volksinitiative benötigte Unterschriftenzahl wurde seither nur einmal angehoben: Nicht zuletzt aufgrund der Einführung des

⁶ Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989, 1577 UNTS 3 (SR 0.107).

⁷ Botschaft zur Volksinitiative „für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)“ vom 24. Juni 2009, BBl 2009 5097, 5106 ff.

⁸ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (SR 0.142.112.681; ABl 2002 L 114/6).

⁹ Botschaft zur Volksinitiative „Gegen Masseneinwanderung“ vom 7. Dezember 2012, BBl 2013 291, 335 ff.

¹⁰ Botschaft zur Volksinitiative „Pädophile sollen nicht mehr mit Kindern arbeiten dürfen“ sowie zum Bundesgesetz über das Tätigkeitsverbot und das Kontakt- und Rayonverbot (Änderung des Strafgesetzbuchs, des Militärstrafgesetzes und des Jugendstrafgesetzes) als indirektem Gegenvorschlag vom 10. Oktober 2012, BBl 2012 8819, 8843.

¹¹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

¹² Art 138 und 139 BV.

Frauenstimmrechts 1971 wurde sie 1977 von 50'000 auf 100'000 erhöht.¹³ Heute entspricht dies 1.9 % der 5.2 Mio. Stimmberechtigten (bei einer Gesamtbevölkerung von 8.3 Mio.).

Jede Massnahme, die als Verfassungsbestimmung formuliert werden kann, kann Gegenstand einer Volksinitiative bilden. Auch Vorschläge, die radikale Änderungen des politischen Systems zur Folge hätten – wie etwa die Abschaffung der Armee¹⁴ oder der Beitritt zur Europäischen Union¹⁵ –, können so zur Abstimmung gebracht werden. Damit „erweitert [die Volksinitiative] den Bereich des politisch Denkbaren und Möglichen“.¹⁶ Falls eine Initiative die Zulässigkeitsvoraussetzungen (unten II.2) erfüllt, muss sie in ihrem ursprünglichen Wortlaut zur Abstimmung gebracht werden. Der Bundesversammlung (dem Parlament) verbleibt einzig die Möglichkeit, eine Abstimmungsempfehlung abzugeben und allenfalls der Initiative einen Gegenvorschlag gegenüberzustellen.¹⁷

Volksinitiativen auf Teilrevision der Verfassung bedürfen zur Annahme eines doppelten Mehrs: Sowohl die Mehrheit der Stimmberechtigten als auch die Mehrheit der Stände (Kantone) müssen zustimmen.¹⁸ Nur gerade 22 der bisher 209 zur Abstimmung gebrachten Initiativen haben diese Hürde gemeistert.¹⁹ Allerdings ist hervorzuheben, dass die Zahl der angenommenen Initiativen – wie die Zahl der Initiativen überhaupt – beträchtlich angestiegen ist. Allein im Zeitraum von 2001 bis 2010 waren sechs Initiativen erfolgreich. In den letzten fünf Jahren wurden bereits gleich viele Initiativen angenommen wie in den zehn Jahren zwischen 1991 und 2000.²⁰ Zudem können selbst Initiativen, die abgelehnt werden, eine wesentliche politische Wirkung erzielen, zum Beispiel indem sie den Anstoss für Gesetzesänderungen bilden.

¹³ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über eine Erhöhung der Unterschriftenzahlen für Initiative und Referendum vom 9. Juni 1975, BBl 1975 II 129, 131, 138.

¹⁴ Entsprechende Abstimmungen fanden 1989 und 2001 statt: BBl 1990 I 249; BBl 2002 1209.

¹⁵ Eine entsprechende Abstimmung fand 2001 statt: BBl 2001 2025.

¹⁶ *Linder/Wirz*, Direkte Demokratie, in *Knoepfel/Papadopoulos/Sciarini/Vatter/Häusermann* (Hg), *Handbuch der Schweizer Politik*⁵ (2014) 145 (160).

¹⁷ Art 139 Abs 5 BV.

¹⁸ Art 139 Abs 5 und Art 142 Abs 2 BV.

¹⁹ Die entsprechenden Zahlen finden sich auf der Webseite der Bundeskanzlei: <admin.ch/ch/dpore/vi/vis_2_2_5_9.html>.

²⁰ Vgl Fig 1.

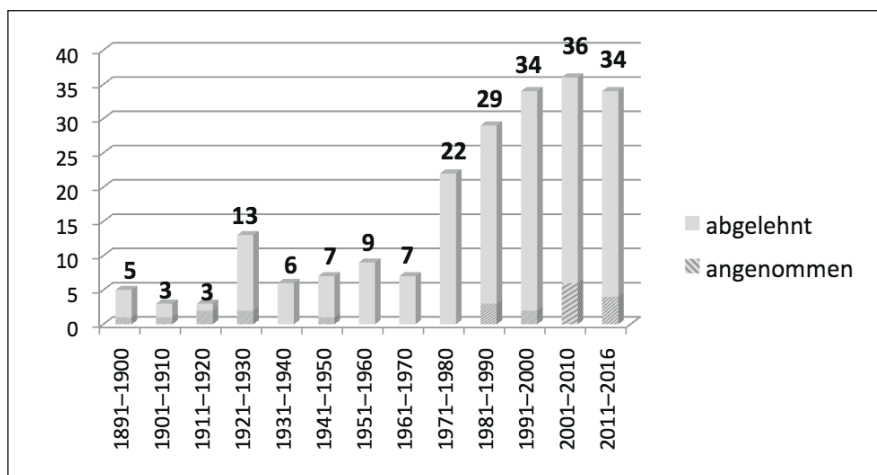


Abb. 1: Zahl der abgestimmten Volksinitiativen²¹

Um eine Volksinitiative zu lancieren, müssen ihre Urheber zunächst die Unterschriftenliste mit dem Titel und dem Wortlaut der Initiative bei der Bundeskanzlei einreichen. Die Bundeskanzlei führt eine rein formelle Vorprüfung durch: Sie stellt sicher, dass die Unterschriftenliste die gesetzlich geforderten Angaben (namentlich die Namen und Adressen der Urheber der Initiative und eine Rückzugsklausel) enthält und der Titel der Initiative nicht irreführend ist.²² Sind diese Anforderungen erfüllt, erfolgt die Veröffentlichung der Initiative im Bundesblatt.²³ Mit der amtlichen Veröffentlichung beginnt die 18-monatige Frist zur Sammlung und Einreichung der 100'000 benötigten Unterschriften zu laufen.²⁴ Nach der Einreichung – aber noch vor der Volksabstimmung – überprüft die Bundesversammlung, gestützt auf eine Botschaft des Bundesrates,²⁵ die Initiative auf ihre Zulässigkeit. Verletzt sie eine der Schranken (unten II.2), erklärt die Bundesversammlung die Initiative für ganz oder teilweise ungültig.²⁶ Sind die Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt, wird die Initiative Volk und Ständen zur Abstimmung unterbreitet. Die Gültig- bzw Un-

²¹ Die Grafik stützt sich auf die vom Bundesamt für Statistik auf seiner Webseite veröffentlichten Zahlen: <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/politik/abstimmungen.assetdetail.1866592.html>>.

²² Art 68 f BPR (Bundesgesetz über die politischen Rechte vom 17. Dezember 1976 (SR 161.1)).

²³ Art 69 Abs 4 BPR.

²⁴ Art 139 Abs 1 BV.

²⁵ Art 97 Abs 1 Bst. a ParlG (Bundesgesetz über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz) vom 13. Dezember 2002 (SR 171.10)).

²⁶ Art 139 Abs 3 BV.

gültigerklärung ist abschliessend: als Akt der Bundesversammlung kann sie nicht beim Bundesgericht (oder irgendeiner anderen Behörde) angefochten werden.²⁷

2. Zwingendes Völkerrecht als materielle Grenze

Art 139 Abs 3 BV listet drei Grenzen des Initiativrechts explizit auf: Volksinitiativen müssen die Einheit der Form und die Einheit der Materie wahren und dürfen nicht „zwingende Bestimmungen des Völkerrechts“ verletzen.²⁸ Hinzu kommt der ungeschriebene Ungültigkeitsgrund der „offensichtlichen faktischen Undurchführbarkeit“.²⁹ Hier interessiert insbesondere die (einzige) von der Verfassung genannte materielle Grenze, die Vereinbarkeit mit den „zwingende[n] Bestimmungen des Völkerrechts“.

Ein Teil der Lehre stellt sich auf den Standpunkt, es handle sich dabei um einen autonom auszulegenden verfassungsrechtlichen Begriff,³⁰ ein anderer Teil sieht darin einen Verweis auf das völkerrechtliche *ius cogens*.³¹ Letztere Position erscheint überzeugender. Natürlich findet sich der Begriff im Text der Bundesverfassung und ist insofern ein verfassungsrechtlicher. Doch aus den Materialien ergibt sich, dass der historische Verfassungsgeber damit auf den Kanon des völkerrechtlichen *ius cogens* Bezug nehmen wollte. Nie war die Rede von einem verfassungsrechtlichen Konzept oder davon, was ein solches denn genau umfassen würde.³² Ein autonomes Verständnis des Begriffs hätte eine erhebliche Rechtsunsicherheit zur Folge, erlaubte es doch der Bundesversammlung, unliebsame Initiativen aus vor-

²⁷ Vgl Art 189 Abs 4 Satz 1 BV.

²⁸ Vgl auch Art 193 Abs 4 und Art 194 Abs 2 und 3 BV.

²⁹ Biaggini in ders, Kommentar BV (2007) Art 139 Rz 14.

³⁰ So etwa Biaggini, Das Verhältnis der Schweiz zur internationalen Gemeinschaft: Neuerungen im Rahmen der Verfassungsreform, AJP 1999, 722 (728); Caroni/ Taylan, Zwingendes Völkerrecht, recht 2015, 55 (66); Ehrenzeller/Gertsch in Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Hg), Die schweizerische Bundesverfassung: St. Galler Kommentar³ (2014) Art 139 Rz 45 f; Rhinow/Schefer/Uebersax, Schweizerisches Verfassungsrecht³ (2016) Rz 3601b; Thürer, Verfassungsrecht und Völkerrecht, in Thürer/Aubert/Müller (Hg), Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse (2001) 179 (184-5).

³¹ So etwa Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel suisse – Vol I (2013) Rz 1453; Epiney/Diezig in Waldmann/Belser/Epiney (Hg), Bundesverfassung: Basler Kommentar (2015) Art 139 BV Rz 36; Hangartner/Kley, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft (2000) Rz 554; Keller/Lanter/Fischer, Volksinitiativen und Völkerrecht: die Zeit ist reif für eine Verfassungsänderung, ZBl 109 (2008) 121 (134 ff); Künzli, Demokratische Partizipationsrechte bei neuen Formen der Begründung und bei der Auflösung völkerrechtlicher Verpflichtungen, ZSR 2009, 47 (65) (I); Langer/Müller, Ius cogens und die Werte der Union, JöR 61 (2013) 229 (280 f); Peters/Pagotto, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht in der Schweiz, ius.full 2004, 54 (61); Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft⁴ (2016) § 44 Rz 24.

³² Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I, 1, 361 f, 433 f, 446 f.

geschobenen völkerrechtlichen Gründen ungültig zu erklären – oder umgekehrt *ius cogens* verletzende Initiativen zur Abstimmung zu bringen.³³

Einer völkerrechtlichen Norm kommt gemäss Art 53 Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK)³⁴ dann *ius cogens*-Charakter zu, wenn sie „von der internationalen Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit angenommen und anerkannt wird als eine Norm, von der nicht abgewichen werden darf und die nur durch eine spätere Norm des allgemeinen Völkerrechts derselben Rechtsnatur geändert werden kann.“ *Ius cogens*-Normen widerspiegeln fundamentale, übergeordnete Werte, die im gesamten internationalen Rechtssystem anerkannt sind.³⁵ Aufgrund ihrer speziellen Natur derogieren sie alle ihnen widersprechenden Normen.³⁶

In der speziellen Natur des *ius cogens* liegt denn auch der Grund für die von Art 139 Abs 3 BV vorgesehene materielle Grenze des Initiativrechts. Wie in der Botschaft zur geltenden Bundesverfassung festgehalten wurde, handelt es sich bei den Normen des *ius cogens* um Bestimmungen, die „für das friedliche Zusammenleben der Menschheit oder ein menschenwürdiges Dasein unabdingbar“ und somit „für einen Rechtsstaat von derart grundlegender Bedeutung sind, dass er sich den daraus fliessenden Verpflichtungen auf keine Weise entziehen kann.“³⁷ Die Verletzung einer solchen Norm hätte einen „nicht wieder gutzumachende[n] Schaden“ zur Folge und würde somit unweigerlich die völkerrechtliche Verantwortung der Schweiz nach sich ziehen.³⁸ Deshalb macht es Sinn, dass mit dem *ius cogens* unvereinbare Verfassungsbestimmungen gar nicht erst geschaffen werden können.

Das Korpus des zwingenden Völkerrechts ist, wie Art 64 WVK ausdrücklich festhält, einer ständigen Fortentwicklung unterworfen. Gemäss der Völkerrechtskommission der UNO sind heute wenigstens das Aggressionsverbot, das Verbot der Sklaverei und des Sklavenhandels, das Verbot des Genozids, das Verbot der Rassendiskriminierung, das Folterverbot, Grundprinzipien des humanitären Völkerrechts und das Selbstbestimmungsrecht der Völker dem *ius cogens* zuzurechnen,³⁹ wobei die Kommission betont hat, dass die Aufzählung nicht abschliessend ist.⁴⁰

³³ So auch *Epiney/Diezig* in Waldmann ea, BSK BV Art 139 Rz 36; *Künzli*, ZSR 2009, 65.

³⁴ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, 1155 UNTS 331 (SR 0.111).

³⁵ *Shaw*, International Law⁷ (2014) 89.

³⁶ *Crawford*, Brownlie's Principles of Public International Law⁸ (2012) 594.

³⁷ Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I, 1, 362 (mit Verweis auf Botschaft über die Volksinitiativen „für eine vernünftige Asylpolitik“ und „gegen die illegale Einwanderung“ vom 22. Juni 1994, BBl 1994 III 1486, 1496).

³⁸ Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I, 1, 446. Siehe auch Botschaft über die Volksinitiativen „für eine vernünftige Asylpolitik“ und „gegen die illegale Einwanderung“ vom 22. Juni 1994, BBl 1994 III 1486, 1496.

³⁹ International Law Commission (ILC), Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001, 85 und 112 f.

⁴⁰ ILC, Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, UN Doc A/CN.4/L.702, 18. Juli 2006, Ziff 33.

Darüber hinaus existiert regionales *ius cogens*,⁴¹ zu dem in Europa das Prinzip des non-refoulement⁴² und das Verbot der Todesstrafe⁴³ zählen.

Der Bundesrat hingegen stellt sich heute auf den Standpunkt, bei den „zwingende[n] Bestimmungen des Völkerrechts“ handle es sich um einen autonomen landesrechtlichen Begriff. Er legt ihn weiter aus als das völkerrechtliche *ius cogens* und subsumiert darunter auch die notstandsfesten Garantien der EMRK und bestimmte notstandsfeste Garantien des UNO-Pakts II.⁴⁴

Unabhängig davon, ob von einer heteronomen oder autonomen Grenze ausgegangen wird, ist die Hürde auf jeden Fall sehr tief angesetzt. In der Praxis ist sie denn auch von geringer Relevanz: Erst eine Volksinitiative, die Initiative „für eine vernünftige Asylpolitik“, ist an ihr gescheitert. Die Bundesversammlung erklärte diese Initiative, die die umgehende Ausweisung aller illegal eingereisten Asylbewerber verlangte, 1996 wegen Verletzung des non-refoulement Gebots für unzulässig.⁴⁵ 2015 erfolgte zudem eine *teilweise* Ungültigerklärung einer Initiative: Die Bundesversammlung entfernte einen Passus der Volksinitiative „Zur Durchsetzung der Ausschaffung krimineller Ausländer (Durchsetzungsinitiative)“, der den Umfang des zwingenden Völkerrechts abschliessend – und zwar enger als vom Völkerrecht vorgesehen – umschreiben wollte.⁴⁶ Demgegenüber wurden sämtliche eingangs erwähnten Initiativen als mit den zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts vereinbar eingestuft.

⁴¹ Zur Möglichkeit der Entstehung von regionalem *ius cogens* siehe Kolb, *Théorie du „ius cogens“ international: essai de relecture du concept* (2001) 139, 175, 177, 189; Kolb, *Peremptory International Law – Ius Cogens* (2015) 97 ff; Verdross/Simma, *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*³ (1984) § 531.

⁴² BGE 109 Ib 64 E 6b)aa S 72; Botschaft über die Volksinitiativen „für eine vernünftige Asylpolitik“ und „gegen die illegale Einwanderung“ vom 22. Juni 1994, BBl 1994 III 1486, 1499; Kälin, *Internationale Menschenrechtsgarantien als Schranke der Revision von Bundesverfassungsrecht: Das Beispiel völkerrechtswidriger Asylinitiativen*, AJP 1993, 243 (249). Darüber hinausgehend dürfte das non-refoulement Prinzip heute Teil des universellen *ius cogens* bilden: Lammers, *La démocratie directe et le droit international* (2015) 209.

⁴³ Piras/Breitenmoser, *Das Verbot der Todesstrafe als regionales ius cogens*, AJP 2011, 331; Zimmermann, *Quelles normes impératives du droit international comme limite à l'exercice du droit d'initiative par le peuple?*, AJP 2007, 748 (758).

⁴⁴ Bericht des Bundesrates über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht vom 5. März 2010, BBl 2009 2263, 2314 f; Bericht des Bundesrates „Klares Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht“ vom 12. Juni 2015, 13.

⁴⁵ Botschaft über die Volksinitiativen „für eine vernünftige Asylpolitik“ und „gegen die illegale Einwanderung“ vom 22. Juni 1994, BBl 1994 III 1486, 1499 f; Bundesbeschluss über die Volksinitiative „für eine vernünftige Asylpolitik“, BBl 1996 I 1355.

⁴⁶ Botschaft zur Volksinitiative „Zur Durchsetzung der Ausschaffung krimineller Ausländer (Durchsetzungsinitiative)“ vom 20. November 2013, BBl 2013 9459, 9467-72; Bundesbeschluss über die Volksinitiative „Zur Durchsetzung der Ausschaffung krimineller Ausländer (Durchsetzungsinitiative)“ vom 20. März 2015, BBl 2015 2701.

3. Reformvorschläge

Angesichts der Häufung völkerrechtlich problematischer Volksinitiativen sind in den letzten Jahren zahlreiche Vorschläge gemacht worden, wie das Problem auf der Ebene der Zulässigkeit bewältigt werden könnte. An dieser Stelle kann nur ein knapper Überblick über die Stossrichtung der wichtigsten dieser – von unterschiedlichen Akteuren (Bundesrat, Parlamentsmitglieder, Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftler usw.) stammenden – Reformvorschläge gegeben werden.⁴⁷

a) Änderung der formellen Vorprüfung

Die Vorprüfung von Volksinitiativen vor Beginn der Unterschriftensammlung beschränkt sich zurzeit auf die formellen Aspekte einer Initiative (Unterschriftenliste, Titel usw.).⁴⁸ Der Bundesrat schlug vor, dass die Vorprüfung auf die materielle Frage der Vereinbarkeit mit völkerrechtlichen Verpflichtungen erstreckt und die Verantwortung dafür von der Bundeskanzlei an das Bundesamt für Justiz und die Direktion für Völkerrecht übertragen werden sollte. Die Stellungnahme dieser Behörden zur Völkerrechtskonformität wäre zwar nicht rechtlich bindend gewesen, hätte aber zwecks Information der Stimmberechtigten auf den Unterschriftenbögen abgedruckt werden müssen.⁴⁹ Nachdem dieses Vorhaben in der Vernehmlassung auf Kritik gestossen war, gab der Bundesrat es auf.⁵⁰

Die allgemeine Stossrichtung des Vorschlags ist aus Gründen der Transparenz zu begrüßen. Es ist wichtig, dass die Stimmberechtigten im Bewusstsein über ihre allfällige Völkerrechtswidrigkeit über die Unterzeichnung – und allenfalls später die Annahme oder Ablehnung – einer Initiative entscheiden können. Allerdings wäre es naiv anzunehmen, dass eine bessere Information der Stimmbürgerinnen und Stimmbürger automatisch eine Abnahme der Anzahl völkerrechtswidriger Initiativen nach sich zieht.⁵¹ Empirische Untersuchungen zeigen, dass die Stimmberechtigten sich kaum durch rechtliche Argumente beeinflussen lassen.⁵²

Die Staatspolitische Kommission des Ständerates hat die Idee einer materiellen Vorprüfung nun wieder aufgenommen, schlägt aber vor, diese als reine Dienstleis-

⁴⁷ Für eine Diskussion dieser (und weiterer) Vorschläge, siehe auch *Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht (2016) Rz 1800a ff.

⁴⁸ Oben II.1.

⁴⁹ Zusatzbericht des Bundesrates zu seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht vom 31. März 2011, BBl 2011 3613, 3632 ff.

⁵⁰ Bericht des Bundesrates zur Abschreibung der Motionen 11.3468 und 11.3751 vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2337.

⁵¹ Siehe aber für diese Annahme: Zusatzbericht des Bundesrates zu seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht vom 31. März 2011, BBl 2011 3613, 3632 und 3637.

⁵² *Christmann*, Do Voters Care about Rights? Protection of Rights and the Rule of Law in a (Semi-)Direct Democracy, Vortrag bei der ECPR General Conference, Potsdam 2009.

tung für die Initiativkomitees auszugestalten; auf einen Vermerk auf den Unterschriftenbögen wäre demnach zu verzichten.⁵³

Eine weitere vorgeschlagene Änderung des Vorprüfungsverfahrens betrifft den Titel von Volksinitiativen. Um suggestive bzw reisserische Titel zu verhindern, hat Andreas Auer angeregt, die Festlegung des Titels in Zukunft nicht mehr den Urhebern der Initiative zu überlassen, sondern von der Bundeskanzlei vornehmen zu lassen.⁵⁴

b) Änderung des Verfahrens der Zulässigkeitsprüfung

Der Entscheid über die Zulässigkeit einer Initiative erfolgt nach der Einreichung der Unterschriften. Nach geltendem Recht fällt dieser in die (alleinige) Zuständigkeit der Bundesversammlung,⁵⁵ was von verschiedener Seite kritisiert wird. So ist etwa vorgeschlagen worden, den Entscheid dem Bundesgericht oder einem neu zu schaffenden Expertengremium zu übertragen,⁵⁶ eine Beschwerdemöglichkeit gegen den Entscheid der Bundesversammlung einzuführen⁵⁷ oder wenigstens der Bundesversammlung die Möglichkeit einzuräumen, beim Bundesgericht ein Gutachten zur Zulässigkeit einzuholen.⁵⁸

Eine Änderung des Verfahrens der Zulässigkeitsprüfung wäre zu begrüßen. Die abschliessende Zuständigkeit der Bundesversammlung ist rechtsstaatlich problematisch. Ob eine Volksinitiative zulässig oder unzulässig ist, bestimmt sich nach den Vorgaben der Bundesverfassung, also nach rein rechtlichen Gesichtspunkten. Deshalb sollte nicht eine politisch denkende und handelnde Behörde das letzte Wort haben.⁵⁹ So wurden etwa bei der Beratung der Durchsetzungsinitiative im Nationalrat kaum juristische Argumente zur Frage der (teilweisen) Ungültigkeit ins Feld geführt.⁶⁰ Die endgültige Zuständigkeit des Parlaments ist umso bedenklicher, als die Zulässigkeitsprüfung ein Anliegen betrifft, das in der Regel gegen seine eigene Tätigkeit oder Untätigkeit gerichtet ist – die Volksinitiative ist ein Instru-

⁵³ Anforderungen an die Gültigkeit von Volksinitiativen. Prüfung des Reformbedarfs, Bericht der Staatspolitischen Kommission des Ständerates vom 20. August 2015, BBl 2015, 7099, 7122 f.

⁵⁴ Auer, Volksinitiativen: Der Titel soll's (nicht mehr) richten, ZBl 115 (2014) 577.

⁵⁵ Oben II.1.

⁵⁶ Für eine Übertragung an das Bundesgericht: Staatspolitische Kommission des Nationalrates, Medienmitteilung: Gültigkeit von Volksinitiativen: Kommission will Bundesgericht einbeziehen (21. August 2008); *Dutoit/Berti/Isler/Pichonnaz/Thürer/Walter*, Préface: Ordre populaire v. démocratie, ZSR 130 (2011) 3. Für eine Übertragung an ein Expertengremium: *Keller/Lanter/Fischer*, ZBl 109 (2008) 151.

⁵⁷ *Häfelin ea*, Bundesstaatsrecht Rz 1800e.

⁵⁸ Bericht des Bundesrates über das Verhältnis von Landesrecht und Völkerrecht vom 5. März 2010, BBl 2009 2263, 2336 f.

⁵⁹ *Biaggini* in ders, BV Art 139 Rz 10; *Hangartner/Ehrenzeller* in *Ehrenzeller ea*, SG-Kommentar BV³ Art 173 Rz 109 ff; *Tschannen*, Stimmrecht und politische Verständigung: Beiträge zu einem erneuerten Verständnis von direkter Demokratie (1995) Rz 726.

⁶⁰ Vgl AB 2014 Rz 490 ff.

ment der Opposition.⁶¹ Die Gefahr einer Beeinflussung des Zulässigkeitsentscheids durch politische Überlegungen besteht in beide Richtungen: Einerseits könnten Parlamentsmitglieder sich für die Ungültigkeit einer Initiative aussprechen, weil sie ihnen politisch unliebsam ist, andererseits im Gegenteil zu grosszügig entscheiden, um sich nicht dem Vorwurf auszusetzen, die Volksrechte zu untergraben.⁶² Im einen wie im anderen Fall handelt es sich um Überlegungen, die nicht in den Entscheid einfließen dürfen.

Auf der kantonalen Ebene hat sich die Überprüfung von Volksinitiativen durch das Bundesgericht bewährt.⁶³ Trotzdem scheint eine Änderung des Verfahrens der Zulässigkeitsprüfung zurzeit politisch aussichtslos zu sein; das Parlament will diese Entscheidungsbefugnis nicht aus der Hand geben.

c) Änderung der materiellen Grenze

Mehrere Vorschläge zielen darauf ab, die materielle Schranke für die Zulässigkeit von Volksinitiativen höher zu legen. So wurde etwa angeregt, eine Ungültigerklärung solle nicht nur dann erfolgen, wenn eine Initiative die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts verletzt, sondern auch bei einem Konflikt mit unkündbaren völkerrechtlichen Verträgen,⁶⁴ mit bestimmten, explizit aufzulisten- den völkerrechtlichen Verträgen oder Bestimmungen,⁶⁵ mit „Bestimmungen des Völkerrechts, die für die Schweiz von vitaler Bedeutung sind“,⁶⁶ mit Grundrechten oder völkerrechtlichen Verfahrensgarantien (insbesondere jenen der EMRK)⁶⁷ oder mit Rechten, die Teil des europäischen *ordre public* bilden.⁶⁸ Vom Bundesrat stammt der Vorschlag, ein neues Zulässigkeitserfordernis zu schaffen, wonach Volksinitiativen nicht den Kerngehalt der Grundrechte verletzen dürfen.⁶⁹ Dies hätte die Ungültigerklärung von Volksinitiativen ermöglicht, die zum Beispiel gegen das Verbot der Todesstrafe, das Verbot der Zwangsheirat oder das Verbot des

⁶¹ Vgl nur *Linder*, Schweizerische Demokratie: Institutionen – Prozesse – Perspektiven³ (2012) 267 f, 275, 278, 287 ff; *Rhinow*, Grundprobleme der schweizerischen Demokratie, ZSR 103 (1984) 111 (207 ff) (II).

⁶² *Hangartner/Kley*, Die demokratischen Rechte Rz 855; *Tschannen*, Stimmrecht Rz 726.

⁶³ *Auer*, Dürfen eidgenössische Volksinitiativen Grundrechte verletzen? Überlegungen zur Grundsatzfrage und zum Verfahren, in Kreis (Hg), Reformbedürftige Volksinitiative: Verbesserungsvorschläge und Gegenargumente (2016) 55 (63 f).

⁶⁴ Vgl Zusatzbericht des Bundesrates zu seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht vom 31. März 2011, BBl 2011 3613, 3641.

⁶⁵ Vgl Bericht des Bundesrates über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht vom 5. März 2010, BBl 2010 2263, 2333 f.

⁶⁶ *Keller/Lanter/Fischer*, ZBl 109 (2008) 149.

⁶⁷ Parlamentarische Initiative 07.477 (Vischer), Gültigkeit von Volksinitiativen, 5. Oktober 2007.

⁶⁸ *Hertig Randall*, L'internationalisation de la juridiction constitutionnelle: défis et perspectives, ZSR 129 (2010) 221 (355) (II).

⁶⁹ Zusatzbericht des Bundesrates zu seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht vom 31. März 2011, BBl 2011 3613, 3642 ff.

Zwangs zur Vornahme einer religiösen Handlung verstossen.⁷⁰ Doch selbst dieser bescheidene Reformvorschlag, der nichts an der Zulässigkeit der eingangs erwähnten Initiativen geändert hätte, fand – wie die übrigen Vorschläge zur Änderung der materiellen Grenze – politisch keine Unterstützung.⁷¹

Im Gegensatz zu einer Reform des Verfahrens der Zulässigkeitsprüfung erscheint eine Änderung der Zulässigkeitsgrenze denn auch wenig sinnvoll. Aufgrund der – abgesehen vom *ius cogens* – fehlenden Normenhierarchie im Völkerrecht ist es unmöglich, eine auf objektiven und genügend bestimmten Kriterien beruhende inhaltliche Grenze festzulegen. Auch aus einem weiteren Grund ist die materielle Schranke nach hier vertretener Ansicht der falsche Ansatzpunkt für Reformbemühungen: Das Initiativrecht ist im direktdemokratischen System der Schweiz von zentraler Bedeutung, gestattet es doch den Stimmberechtigten den unmittelbaren Zugriff auf die Rechtsordnung unter Umgehung der Behörden. Die inhaltliche Hürde für einen solchen „Antrag aus dem Volke an das Volk“⁷² sollte demnach möglichst tief angesetzt werden. Als Regel sollten die Bürgerinnen und Bürger *vorschlagen* können, was sie wollen. Nur können sie nicht erwarten, dass alle Vorschläge eins zu eins *umgesetzt* werden können.

III. Grenzen der Umsetzung

Anstatt auf der Ebene der Zulässigkeit sollte das Problem völkerrechtswidriger Volksinitiativen primär auf jener der gesetzlichen Umsetzung bzw der behördlichen oder richterlichen Rechtsanwendung angegangen werden. Ob eine Verfassungsänderung mit völkerrechtlichen Verpflichtungen vereinbar ist, lässt sich besser in diesem Stadium beurteilen als *ex ante*, dh gestützt auf die Prüfung eines abstrakten Vorschlags.

1. Gesetzliche Umsetzung oder direkte Anwendbarkeit

In der Regel bedürfen durch Volksinitiative geschaffene Verfassungsbestimmungen der Umsetzung durch den Gesetzgeber.⁷³ Als Beispiel kann der infolge Guttheissung der Masseneinwanderungsinitiative in die Bundesverfassung gehobene Art 121a dienen, der folgenden Wortlaut hat:

⁷⁰ Zusatzbericht des Bundesrates zu seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht vom 31. März 2011, BBl 2011 3613, 3643 f.

⁷¹ Bericht des Bundesrates zur Abschreibung der Motionen 11.3468 und 11.3751 vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2337.

⁷² BGE 25 I 64 E. 5 S 77.

⁷³ Von den zehn seit dem Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung am 1. Januar 2000 angenommenen Volksinitiativen bedurften nur deren zwei keiner gesetzlichen Umsetzung. Vgl *Boillet/Lammers*, La mise en œuvre des initiatives populaires fédérales, ZBl 117 (2016) 511 (516 f).

Art 121a Steuerung der Zuwanderung

- ¹ Die Schweiz steuert die Zuwanderung von Ausländerinnen und Ausländern eigenständig.
- ² Die Zahl der Bewilligungen für den Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz wird durch jährliche Höchstzahlen und Kontingente begrenzt. (...)
- ³ Die jährlichen Höchstzahlen und Kontingente für erwerbstätige Ausländerinnen und Ausländer sind auf die gesamtwirtschaftlichen Interessen der Schweiz unter Berücksichtigung eines Vorranges für Schweizerinnen und Schweizer auszurichten; (...)
(...)

Es ist offensichtlich, dass eine so offen formulierte Bestimmung zuerst durch den Gesetzgeber umgesetzt werden muss, bevor sie angewendet werden kann.

Ausnahmsweise finden infolge von Volksinitiativen aber auch Bestimmungen Eingang in die Verfassung, die mit ihrem Inkrafttreten ohne ausführende Gesetzgebung unmittelbar anwendbar sind. Voraussetzung der unmittelbaren Anwendbarkeit einer Verfassungsbestimmung ist, „dass Tatbestand und Rechtsfolgen genügend genau formuliert sind.“⁷⁴ Ein Beispiel einer Verfassungsbestimmung, auf die sich die rechtsanwendenden Behörden direkt stützen können, ist der durch die Annahme der Minarettinitiative geschaffene Art 72 Abs 3 BV. Dessen Wortlaut („Der Bau von Minaretten ist verboten.“) ist hinreichend bestimmt, um unmittelbar Anwendung zu finden.

2. Völkerrechtskonforme Auslegung

Die schweizerische Bundesverfassung ist insgesamt durch eine völkerrechtsfreundliche Haltung geprägt, die sich zum Beispiel in Art 2 Abs 4 BV (Bekenntnis zu einer friedlichen und gerechten internationalen Ordnung), Art 7 ff BV (Kodifikation der Grundrechte nach dem Vorbild der EMRK) und Art 25 Abs 2 BV (Verankerung des flüchtlingsrechtlichen Gebots des non-refoulement) manifestiert.⁷⁵ Diese Haltung ergibt sich insbesondere auch aus Art 5 Abs 4 BV, der bestimmt, dass Bund und Kantone das Völkerrecht beachten.

Agiert es als Verfassungsgeber, ist auch das Volk an dieses Beachtungsgebot gebunden.⁷⁶ Deshalb ist zu vermuten, dass es völkerrechtskonforme Verfassungsbestimmungen schaffen wollte. Ist es also zweifelhaft, ob eine Verfassungsnorm mit dem Völkerrecht vereinbar ist, muss sie sowohl im Rahmen der gesetzlichen

⁷⁴ BGE 139 II 243 E. 10 S 252.

⁷⁵ Für weitere Beispiele siehe *Peters/Pagotto*, ius.full 2004, 57.

⁷⁶ *Nobs*, Volksinitiative und Völkerrecht: Eine Studie zur Volksinitiative im Kontext der schweizerischen Aussenpolitik unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zum Völkerrecht (2006) 344 f.

Umsetzung als auch bei der Anwendung, soweit möglich, völkerrechtskonform ausgelegt werden.⁷⁷ Bei der eingangs erwähnten Verwahrungsinitiative gab der Gesetzgeber deshalb zu Recht einer – wenn auch hier sehr grosszügig gehandhabten – völkerrechtskonformen Umsetzung den Vorzug gegenüber einer initiativgetreuen Umsetzung.⁷⁸

Der völkerrechtskonformen Interpretation sind aber Grenzen gesetzt: Eine Auslegung gegen den klaren Wortlaut oder gegen den eindeutigen Willen des Verfassungsgebers ist nicht statthaft.⁷⁹ Nicht alle Konflikte lassen sich auf dem Weg der Auslegung beseitigen.

3. Beseitigung des Normkonflikts

Falls die Verfassungsbestimmung nicht völkerrechtskonform umgesetzt bzw. ausgelegt werden kann, stellt sich zunächst die Frage, ob der Gegensatz zwischen Völkerrecht und Verfassungsrecht auf der *völkerrechtlichen Seite* aufgelöst werden kann.

Eine Auflösung des Gegensatzes kann durch die *Anpassung* des betreffenden völkerrechtlichen Vertrags erfolgen. Die Masseneinwanderungsinitiative verlangte denn auch ausdrücklich, dass völkerrechtliche Verträge, die dem neuen Art 121a BV widersprechen, „innerhalb von drei Jahren nach dessen Annahme durch Volk und Stände neu zu verhandeln und anzupassen“ sind.⁸⁰ Allerdings ist eine einvernehmliche Anpassung höchstens bei bilateralen Verträgen eine Option, bei multilateralen Verträgen ist eine solche in der Regel völlig unrealistisch.

Somit ist die *Kündigung* des betreffenden Vertrags in den meisten Fällen das einzige Mittel zur Auflösung des Gegensatzes auf der völkerrechtlichen Ebene. Der Bundesrat⁸¹ und ein grosser Teil der Lehre⁸² stellen sich auf den Standpunkt, die Annahme einer völkerrechtswidrigen Volksinitiative sei als Auftrag zur Kündigung der widersprechenden internationalen Verpflichtungen zu verstehen. Dem ist entgegenzuhalten, dass sich aus dem Beachtungsgebot von Art 5 Abs 4 BV er-

⁷⁷ BGE 94 I 669 E. 6a S 678 f.; *Nobs*, Volksinitiative 347 ff; *Tschumi/Schindler* in Ehrenzeller ea, SG-Kommentar BV³ Art 5 Rz 84, 90.

⁷⁸ Vgl Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches in der Fassung vom 13. Dezember 2002 (Umsetzung von Artikel 123a der Bundesverfassung über die lebenslängliche Verwahrung extrem gefährlicher Straftäter) vom 23. November 2005, BBl 2006 889, 904, 907 f.

⁷⁹ Vgl BGE 140 I 305 E. 7.4 S 314.

⁸⁰ Art 197 Ziff 11 Abs 1 BV.

⁸¹ Bericht des Bundesrates über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht vom 5. März 2010, BBl 2010 2263, 2317, 2323, 2328; Botschaft über die Volksinitiativen „für eine vernünftige Asylpolitik“ und „gegen die illegale Einwanderung“ vom 22. Juni 1994, BBl 1994 III 1486, 1495.

⁸² Vgl etwa *Baumann*, Völkerrechtliche Schranken der Verfassungsrevision, ZBl 108 (2007) 181 (209); *Hangartner/Kley*, Die demokratischen Rechte Rz 547; *Kayser*, Grundrechte als Schranke der schweizerischen Verfassungsgebung (2001) 183; *Malinverni*, L'indépendance de la Suisse dans un monde interdépendant, ZSR 117 (1998) 1 (27) (II).

gibt, dass das Landesrecht dem Völkerrecht anzugleichen ist, nicht umgekehrt.⁸³ Es ist somit nicht leichthin anzunehmen, dass der Verfassungsgeber völkerrechtliche Bindungen auflösen will. Vielmehr muss sich ein Schritt von solcher Tragweite klar aus dem Initiativtext ergeben.⁸⁴ Dies ist in der Regel nicht der Fall, wenn ein Initiativbegehren nur mit einem kleinen Teil des betreffenden völkerrechtlichen Vertrags im Widerspruch steht. So durfte zum Beispiel die Annahme der Minarettinitiative nicht als Aufforderung zur Kündigung der EMRK aufgefasst werden. Eine Kündigung kommt nur in Betracht, wenn die Regelungssubstrate von Initiative und kollidierendem Vertrag weitgehend deckungsgleich sind.⁸⁵

Wenn eine Volksinitiative eine Aufforderung zur Kündigung völkerrechtlicher Verpflichtungen enthält, stellt sich die zusätzliche Frage, ob der Grundsatz der Einheit der Materie gewahrt ist.⁸⁶ Um auch hier auf das Beispiel der Minarettinitiative zurückzugreifen: Eine Kombination der Forderung, den Bau von Minaretten zu verbieten, mit der Forderung, die EMRK zu kündigen, hätte diesen Grundsatz verletzt, kann man doch erstere annehmen, aber letztere ablehnen wollen – oder umgekehrt.

Eine explizite Aufforderung zur Kündigung völkerrechtlicher Verträge enthielt die Volksinitiative „Stopp der Überbevölkerung – zur Sicherung der natürlichen Lebensgrundlagen“ (Ecopop-Initiative), die am 30. November 2014 von Volk und Ständen abgelehnt wurde.⁸⁷ Die Initiative sah eine Übergangsbestimmung mit folgendem Wortlaut vor: „Nach Annahme von Artikel 73a durch Volk und Stände müssen völkerrechtliche Verträge, die den Zielen dieses Artikels widersprechen, schnellstmöglich angepasst werden, spätestens aber innert vier Jahren. Nötigenfalls sind die betreffenden Verträge zu kündigen.“⁸⁸ Bei einer solchen Kündigungsaufforderung stellt sich einerseits die Frage, ob die unbestimmten Formulierungen („nötigenfalls“, „betreffende Verträge“) mit dem Anspruch auf freie Willensbildung und unverfälschte Stimmabgabe nach Art 34 Abs 2 BV vereinbar sind.⁸⁹ Andererseits erscheint auch hier zweifelhaft, dass eine solche Kombination unterschiedlicher Anliegen den Grundsatz der Einheit der Materie wahrt.⁹⁰

⁸³ Nobs, Volksinitiative 276.

⁸⁴ Nobs, Volksinitiative 356.

⁸⁵ Künzli, ZSR 2009, 68 f; Lammers, La démocratie directe 191; Tschumi/Schindler in Ehrenzeller ea, SG-Kommentar BV³ Rz 93.

⁸⁶ So auch Boillet/Lammers, ZBI 117 (2016) 531 f.

⁸⁷ Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 30. November 2014 vom 13. Februar 2015, BBl 2015 1813.

⁸⁸ BBl 2011 3795, 3797.

⁸⁹ Blum/Näegeli/Peters, Die verfassungsmässigen Beteiligungsrechte der Bundesversammlung und des Stimmvolkes an der Kündigung völkerrechtlicher Verträge, ZBI 114 (2013) 527 (556).

⁹⁰ Der Bundesrat – und in der Folge auch die Bundesversammlung – kamen allerdings zum Schluss, die Initiative sei mit dem Grundsatz der Einheit der Materie vereinbar: Botschaft zur Volksinitiative „Stopp der Überbevölkerung – zur Sicherung der natürlichen Lebensgrundlagen“ vom 23. Oktober 2013, BBl 2013 8693, 8701 ff; Bundesbeschluss über die Volksinitiative „Stopp

4. Vorrangregeln bei einem Konflikt

Was gilt, falls der Konflikt auf der völkerrechtlichen Seite nicht aus dem Weg geräumt werden kann? Die Bundesverfassung enthält keine expliziten Kollisionsregeln.

Ein Teil der Lehre redet dem Vorrang des Völkerrechts vor der Verfassung das Wort. Diese Position kann sich auf den bereits erwähnten Art 5 Abs 4 BV stützen, wonach der Bund das Völkerrecht beachtet. Zwar bringt, wie bereits erwähnt, Art 5 Abs 4 BV die völkerrechtsfreundliche Haltung der schweizerischen Verfassungsordnung zum Ausdruck, doch sagt die Bestimmung nichts über die Rangordnung aus, verankert mithin keinen *absoluten* Vorrang des Völkerrechts.⁹¹

Für den Vorrang des Völkerrechts vor dem Verfassungsrecht kann des Weiteren auf Art 190 BV verwiesen werden, der Bundesgesetze und Völkerrecht – nicht aber die Bundesverfassung – für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden als massgebend erklärt.⁹² Gegen ein wörtliches Verständnis von Art 190 BV kann aber ein systematisches Auslegungselement ins Feld geführt werden: Die Verfassung sieht als einzige materielle Grenze des Initiativrechts die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts vor, erlaubt also Volksinitiativen, die dispositives Völkerrecht verletzen. Diese Schrankenregelung, so wird argumentiert, ergäbe keinen Sinn, wenn von Volk und Ständen angenommenen Verfassungsrevisionen aufgrund eines Widerspruchs mit einfachem Völkerrecht die Anwendung versagt würde.⁹³ Teilweise wird auch auf eine Auslegung von Art 190 BV abgestellt, die den *Zweck* des darin verankerten Massgeblichkeitsgebots betont. Als zentraler Ausdruck der Gesetzesbindung des Richters greife dieses lediglich bei einem Konflikt zwischen jüngerem Bundesgesetz und älterem Verfassungsrecht, nicht aber wenn jüngerer Verfassungs- auf älteres Gesetzes- oder Völkerrecht treffe.⁹⁴ Der Bundesrat kommt gestützt auf eine teleologische Auslegung von Art 190 BV sogar zum Schluss, die rechtsanwendenden Behörden seien „grundsätzlich“ gehalten, jüngeren Verfassungsbestimmungen den Vorrang gegenüber älterem Völkerrecht einzuräumen.⁹⁵ Die Auslegung von Art 190 BV bereitet also erhebliche Schwierigkeiten. Relativ unbestritten dürfte einzig sein, dass sich die Bestimmung nur

der Überbevölkerung – zur Sicherung der natürlichen Lebensgrundlagen“ vom 20. Juni 2014, BBl 2014 5073.

⁹¹ *Tschumi/Schindler* in Ehrenzeller ea, SG-Kommentar BV³ Art 5 Rz 74.

⁹² So *Kiener/Krüsi*, Bedeutungswandel des Rechtsstaats und Folgen für die (direkte) Demokratie am Beispiel völkerrechtswidriger Volksinitiativen, ZBl 110 (2009) 237 (250 f); *Künzli*, ZSR 2009, 70 ff; *Tschannen*, Staatsrecht⁴ § 9 Rz 22.

⁹³ So *Baumann*, Die Umsetzung völkerrechtswidriger Volksinitiativen, ZBl 111 (2010) 241 (261); *Baumann*, ZBl 108 (2007) 198 f.

⁹⁴ *Nobs*, Volksinitiative 370.

⁹⁵ Bericht des Bundesrates über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht vom 5. März 2010, BBl 2010 2263, 2323.

auf die Kontrollbefugnisse der rechtsanwendenden Organe bezieht, nicht aber den Gesetzgeber bei der Umsetzung von Verfassungsrevisionen einschränkt.

Gewisse Lehrmeinungen gehen davon aus, dass eine Verfassungsnorm jedenfalls dann Vorrang hat, wenn der Verfassungsgeber sich bewusst und gezielt über eine völkerrechtliche Verpflichtung hinwegsetzt.⁹⁶ Diese sinngemässe Anwendung der vom Bundesgericht für das Verhältnis zwischen Bundesgesetzesrecht und Völkerrecht entwickelten sogenannten Schubert-Praxis⁹⁷ vermag aus mehreren Gründen nicht zu überzeugen,⁹⁸ nicht zuletzt deshalb, weil sich der Wille der Stimmberechtigten nicht ermitteln lässt – Volksentscheide sind nicht begründbar.⁹⁹

Kurz: Die Rechtslage ist umstritten. Die im Herbst 2016 zustande gekommene¹⁰⁰ Volksinitiative „Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)“ erhebt den Anspruch, eine Klärung in der Sache herbeizuführen.¹⁰¹ Die Initiative sieht die ausdrückliche Verankerung des Vorrangs des Verfassungsrechts vor dem Völkerrecht in Art 5 Abs 4 BV vor. Zudem verlangt sie eine Änderung von Art 190 BV dahingehend, dass nur noch „völkerrechtliche Verträge, deren Genehmigungsbeschluss dem Referendum unterstanden hat“, für die rechtsanwendenden Behörden massgebend sein sollen.

Wie nun abschliessend gezeigt werden soll, erscheint eine solche starre Vorrangregel nicht sinnvoll. Weder sollte, wie von der „Selbstbestimmungsinitiative“ verlangt, dem Verfassungsrecht der absolute Vorrang eingeräumt werden, noch sollte das Völkerrecht in jedem Fall die Überhand haben.

5. Einzelfallorientierte Abwägung

Anstatt einer festen Hierarchie zwischen Völkerrecht und Verfassungsrecht bedarf es einer differenzierten Beurteilung jedes Einzelfalls. Dabei sind die Ebenen der Gesetzgebung und der Rechtsanwendung auseinanderzuhalten. Bei seinem Entscheid über die Umsetzung einer neuen Verfassungsbestimmung darf der Gesetz-

⁹⁶ *Achermann*, Der Vorrang des Völkerrechts, in *Cottier/Achermann/Wüger/Zellweger* (Hg), *Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht* (2001) 33 (78 f); *Cottier/Hertig Randall*, Das Völkerrecht in der neuen Bundesverfassung: Stellung und Auswirkungen, in *Zimmerli* (Hg), *Die neue Bundesverfassung: Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft* (2000) 1 (22); *Hangartner*, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, *SJZ* 94 (1998) 201 (204 ff).

⁹⁷ BGE 99 Ib 39 E. 3 f S 43 ff.

⁹⁸ *Kiener/Krüsi*, ZBl 110 (2009) 251 f; *Künzli*, ZSR 2009, 71.

⁹⁹ *Nobs*, Volksinitiative 362 ff.

¹⁰⁰ BBl 2016 7091.

¹⁰¹ Die Initianten versprechen „Rechtssicherheit und Stabilität, indem das Verhältnis zwischen Landesrecht und internationalem Recht geklärt wird“. Vgl <https://www.svp.ch/kampagnen/uebersicht/selbstbestimmungsinitiative/um-was-geht-es/>. Allerdings erscheint es zweifelhaft, dass die Initiative tatsächlich zu einer Klärung der Rechtslage beitragen würde. Vgl *Auer ea*, *Stellungnahme zur Volksinitiative „Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)“*, Jusletter 20. Februar 2017.

geber auch politische Wertungen in seine Beurteilung einfließen lassen. Ist hingegen eine Verfassungsbestimmung direkt anwendbar, hat sich die rechtsanwendende Behörde an juristischen Gesichtspunkten zu orientieren und sich auf die Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit zu konzentrieren.¹⁰²

Ausgangspunkt der Beurteilung muss bei der Gesetzgebung wie der Rechtsanwendung der *grundsätzliche* Vorrang des Völkerrechts sein, wie er sich – wenigstens im Moment noch – unbestrittenermassen aus Art 5 Abs 4 BV ergibt. Sodann sind die verschiedenen auf dem Spiel stehenden Interessen abzuwägen. Zwei sind besonders hervorzuheben.

Erstens ist auf das jeweilige inhaltliche Gewicht der in Widerspruch stehenden Normen abzustellen. Menschenrechtsgarantien und rechtsstaatliche Prinzipien sind höher zu werten als andere Normen.¹⁰³ Wenn zum Beispiel ein Auslieferungsvertrag oder ein Abkommen mit einer ausländischen Polizeibehörde die von der Bundesverfassung garantierten Grundrechte verletzt, drängt sich eine Ausnahme vom Grundsatz des völkerrechtlichen Vorrangs auf.¹⁰⁴

Zweitens ist in Rechnung zu stellen, ob ein internationaler gerichtlicher Kontrollmechanismus besteht. Wenn ein völkerrechtlicher Vertrag durch einen solchen Mechanismus abgesichert ist, spricht das für den Vorrang des betreffenden Vertrags vor der Verfassung. Das ist vom Bundesgericht in Bezug auf die EMRK anerkannt worden.¹⁰⁵ Die Schweiz hat sich nach Art 46 Abs 1 EMRK verpflichtet, die Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu befolgen. Eine Verletzung der EMRK stellt einen Grund zur Revision von Entscheidungen des Bundesgerichts, des Bundesverwaltungsgerichts und anderer Beschwerdeinstanzen dar.¹⁰⁶ Daher ist es nur folgerichtig, dass die entsprechenden Behörden versuchen, eine absehbare Verurteilung durch Strassburg – und damit das Setzen eines Revisionsgrundes – zu verhindern, indem sie der EMRK den Vorrang einräumen.

Gestützt auf die beiden genannten Interessen hat das direkt anwendbare Minarettverbot von Art 72 Abs 3 BV hinter die EMRK zurückzutreten.

Gilt das Gleiche für den auf die Masseneinwanderungsinitiative zurückgehenden, nicht direkt anwendbaren Art 121a BV? In diesem Fall sind die konfligierenden völkerrechtlichen Normen nicht in der EMRK, sondern im FZA verankert. Es finden sich somit keine gleichermassen klaren Orientierungspunkte: Es geht nicht um Menschenrechtsgarantien, ein mit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte vergleichbarer Durchsetzungsmechanismus fehlt. Trotzdem hat das Bundesgericht in einem kürzlich ergangenen Entscheid in einem *obiter dictum* angekündigt, dass es im Fall eines Konflikts zwischen der Umsetzungsgesetzge-

¹⁰² *Nobs*, Volksinitiative 367 ff.

¹⁰³ So auch *Nobs*, Volksinitiative 371 ff.

¹⁰⁴ *Cottier/Hertig Randall* in Zimmerli 22 ff.

¹⁰⁵ BGE 139 I 16 E. 5.2.3 S 30 f.

¹⁰⁶ Art 122 BGG; Art 45 VGG; Art 66 Abs 2 Bst. d VwVG. In Österreich findet sich eine parallele, allerdings auf Strafverfahren beschränkte, Bestimmung in § 363a aStPO.

bung zu Art 121a BV und dem FZA Letzterem den Vorrang einräumen würde.¹⁰⁷ Diesem – nicht durch den zu entscheidenden Fall bedingten – Stellungsbezug des höchsten Gerichts in einer rechtspolitisch umstrittenen Frage ist berechtigte Kritik erwachsen.¹⁰⁸ Allerdings betrifft die Aussage des Bundesgerichts das Verhältnis zwischen dem FZA und Bundesgesetzesrecht aus der Sicht der Rechtsanwendung, nicht jenes zwischen dem FZA und Verfassungsrecht aus der Sicht der *Gesetzgebung*.¹⁰⁹ Anders als ein Gericht muss die Bundesversammlung als politische Behörde in einem solchen, keinerlei expliziten Kollisionsregeln unterworfenen Fall meines Erachtens über einen beträchtlichen *Handlungsspielraum* verfügen.¹¹⁰ Sie hat die betroffenen Interessen umfassend abzuwägen, wobei sie auch politische Wertungen vornehmen darf. Wenn die Bundesversammlung – etwa aufgrund der grossen wirtschaftlichen Bedeutung des FZA für die Schweiz und aufgrund der Tatsache, dass dessen Kündigung einen sehr weitreichenden, nicht rückgängig zu machenden Schritt darstellen würde – zum Schluss kommt, dass das FZA höher zu gewichten ist als die von Art 121a BV vorgesehene Begrenzung der Zuwanderung „durch jährliche Höchstzahlen und Kontingente“, liegt darin noch keine Verfassungsverletzung.

IV. Schluss

Die heutige schweizerische Rechtsordnung lässt es zu, dass Verfassungsänderungen zur Abstimmung gebracht werden, die toter Buchstabe bleiben oder zumindest nicht eins zu eins umgesetzt werden können. Schadet dieses Auseinanderklaffen der Grenzen der Zulässigkeit und der Grenzen der Umsetzung – die Tatsache, dass mehr zulässig als realisierbar ist – nicht der Legitimität der direkten Demokratie?

Für die Initianten mag es frustrierend sein, wenn ihr Begehren nicht vollständig verwirklicht wird. Allerdings: Wenn man völlig unrealistische Wunschvorstellungen, wie etwa die Anpassung von völkerrechtlichen Verträgen mit zahlreichen Vertragspartnern, in eine Volksinitiative giesst, darf man sich nicht wundern, wenn diese nicht *tel quel* umgesetzt wird.

Gerade in jenen Fällen, in denen der Grund für eine nicht vollumfängliche Umsetzung in einer Kollision mit Menschenrechtsgarantien liegt, kann von einem Untergraben der direkten Demokratie nicht die Rede sein. Im Gegenteil,

¹⁰⁷ BGE 142 II 35 E. 3.2 f S 38 ff.

¹⁰⁸ Biaggini, Die „Immerhin liesse sich erwägen“-Erwägung im Urteil 2C_716/2014: über ein problematisches höchststrichterliches *obiter dictum*, ZBl 117 (2016) 169; Glaser/Brunner, Politik in der Defensive: Zwischen Vorrang des FZA und dynamischer Rezeption der EuGH-Rechtsprechung, Jusletter 18. April 2016.

¹⁰⁹ Biaggini, Zur Umsetzung von Art 121a BV durch die Bundesversammlung: Wo liegt und welcher Art ist das Problem (verfassungsrechtlich gesehen)?, ZBl 117 (2016) 588 (594).

¹¹⁰ So auch Biaggini, ZBl 117 (2016) 597.

Menschenrechte sind der Lebenssaft der Demokratie, ihr effektiver Schutz ist die Grundvoraussetzung einer demokratischen Gesellschaft.¹¹¹

¹¹¹ Vgl. EGMR (GK) 30.01.1998, 19392/92 (United Communist Party of Turkey/Turkey) Rz 45.